



VU Research Portal

Case Note: HR 19 juli 2019, HR 21 februari 2020 en HR 21 februari 2020, NJ 2020/377, 378 en 379 (Hoger beroep in ontslagzaken)

Bouwens, Willem

2020

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W., (2020). *Case Note: HR 19 juli 2019, HR 21 februari 2020 en HR 21 februari 2020, NJ 2020/377, 378 en 379 (Hoger beroep in ontslagzaken)*, No. ECLI:NL:HR:2020:284, 5 p., (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2020, No. 45).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Noot bij HR 19 juli 2019, HR 21 februari 2020 en HR 21 februari 2020,
Nederlandse Jurisprudentie 2020/377, 378 en 379

Auteur: prof. mr. dr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens (VU)

Hoger beroep in ontslagzaken

1. Het wettelijk kader

Tegen de beslissing van de kantonrechter in een arbeidsrechtelijk geschil staat onder het huidige recht steeds hoger beroep en cassatie open. Daarvoor gelden in beginsel de normale regels van het civiele procesrecht (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 119). Art. 7:683 BW voorziet echter in een aantal bijzondere bepalingen voor het hoger beroep in ontslagzaken. Zo komt aan het instellen van hoger beroep — anders dan in het reguliere procesrecht (zie art. 360 lid 1 Rv) — geen schorsende werking toe aan de tenuitvoerlegging van de in dat artikellid genoemde, in eerste aanleg gewezen, beschikkingen, en beperkt het wetsartikel de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie tegen een op verzoek van de werknemer toegewezen ontbindingsverzoek tot de beslissing van de rechter inzake de vergoeding. Verder gelden ingevolge het derde, vijfde en zesde lid van art. 7:683 BW bijzondere regels voor het geval de appelrechter met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot een ander oordeel komt dan de rechter in eerste aanleg.

Art. 7:683 lid 3 BW ziet op het geval waarin een ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen, of een verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging dan wel herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen. In deze gevallen kan de rechter in hoger beroep de beschikking van de rechtbank niet vernietigen en het ontbindingsverzoek alsnog afwijzen c.q. alsnog de vernietiging van de opzegging uitspreken (vgl. HR 31 maart 2017, *NJ* 2017/204, m.nt. E. Verhulp (*Vlisco*)). De appelrechter kan (slechts) de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of, in plaats daarvan — eventueel ambtshalve —, aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Indien de werknemer daarom verzoekt, kan de rechter ook zelf tot herstel overgaan (HR 25 januari 2019, *NJ* 2019/139, m.nt. E. Verhulp (*Amsta*)). Bij een herstelveroordeling is art. 7:682 lid 6 BW van overeenkomstige toepassing (zie art. 7:683 lid 4 BW). Dit betekent dat de rechter in hoger beroep dient te bepalen met ingang van welk tijdstip — in de toekomst of in het verleden — de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld, en moet beslissen of vanwege de onderbreking een voorziening is aangewezen en zo ja, welke voorziening (HR 22 december 2017, *NJ* 2019/138, m.nt. E. Verhulp (*Meriant*)). Bij een voorziening als hiervoor bedoeld kan men denken aan een aanvulling van de WW-uitkering tot het niveau van het loon dat de werknemer genoten zou hebben indien de arbeidsovereenkomst niet ten onrechte was beëindigd of, ingeval de arbeidsovereenkomst met ingang van de datum van opzegging of ontbinding wordt hersteld, een veroordeling van de werkgever tot terugbetaling van de transitievergoeding.

Art. 7:683 lid 5 BW betreft de situatie waarin naar het oordeel van de rechter in hoger beroep het ontbindingsverzoek van de werkgever of de werknemer in eerste instantie

ten onrechte is afgewezen. De appelrechter kan in dat geval slechts een tijdstip vaststellen waarop de arbeidsovereenkomst alsnog eindigt. Dat tijdstip moet gelegen zijn in de toekomst (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 120). De artikelen 7:671b en 671c BW worden in art. 7:683 lid 5 van overeenkomstige toepassing verklaard voor zover het de toekenning van een vergoeding betreft. Art. 7:671b lid 9, aanhef en onder a, BW, dat de rechter verplicht om de arbeidsovereenkomst, behoudens bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, te ontbinden ingaande het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, geldt niet in de hoger-beroepsprocedure (HR 16 februari 2018, *NJ* 2018/394, m.nt. E. Verhulp (*Decor*)).

Art. 7:683 lid 6 BW, ten slotte, regelt het geval waarin de werknemer bij zijn betwisting van een opzegging door de werkgever in eerste aanleg gelijk heeft gekregen. De kantonrechter heeft, naar later blijkt ten onrechte, de opzegging op grond van art. 7:681 lid 1 BW vernietigd of de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:682 BW hersteld. Ook hier geldt dat de appelrechter de beschikking waarvan beroep is ingesteld, niet kan vernietigen. Hij is ook in deze situatie slechts bevoegd een toekomstig tijdstip vast te stellen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 120 en HR 13 juli 2018, *ECLI:NL:HR:2018:1209*, *NJ* 2019/54, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Wilco*)).

2. Beoordeling ex tunc of ex nunc?

Het hoger beroep strekt niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing ('controlefunctie'), maar — binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel — tevens tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak ('herkansingsfunctie'). Omdat het een nieuwe feitelijke instantie betreft, heeft in het algemene civiele procesrecht als uitgangspunt te gelden dat de appelrechter *ex nunc* oordeelt, dat wil zeggen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (zie eerder o.m. HR 3 september 1993, *NJ* 1993/714 (*Yp/PTT*)). In de zaak opgenomen onder *NJ* 2020/379 staat de vraag centraal of dit ook geldt voor het hoger beroep in ontslagzaken. Dezelfde vraag is aan de orde in de zaak onder *NJ* 2020/378 (hierna: *Victoria*). Daarin spelen ook diverse andere rechtsvragen.

In beide procedures gaat het om een beslissing in hoger beroep tegen een uitspraak van de kantonrechter op een door een werkgever ingediend verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In *NJ* 2020/379 werd dit verzoek in eerste aanleg toegewezen; de *Victoria*-beschikking betrof een afgewezen ontbindingsverzoek.

De Hoge Raad begint zijn uiteenzettingen met betrekking tot de hiervoor aangeduide problematiek in beide uitspraken met de vaststelling dat uit de wetsgeschiedenis van de Wet werk en zekerheid volgt dat in hoger beroep tegen een beschikking van de kantonrechter in de ontbindingsprocedure, in beginsel de normale regels van het civiele procesrecht gelden. Uitgangspunt is derhalve een toetsing *ex nunc*. De vraag is dan of art. 7:683 BW van dit uitgangspunt afwijkt voor het geval waarin de kantonrechter zich heeft uitgesproken over een ontbindingsverzoek van de werkgever. Bij de beantwoording van deze vraag is volgens de Hoge Raad van belang dat de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis bij de keuze voor en uitwerking van de mogelijkheid van hoger beroep in ontbindingsprocedures enerzijds heeft betrokken het belang van

partijen om snel duidelijkheid te hebben over het al dan niet eindigen van de arbeidsovereenkomst en anderzijds hun belang om appel te kunnen instellen wanneer zij zich onrechtvaardig behandeld voelen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 35). Vervolgens lopen de redeneringen uiteen. In de *Victoria*-zaak overweegt de Hoge Raad dat ingeval het ontbindingsverzoek van de werkgever is afgewezen de werknemer, ook wanneer dat ten onrechte is gebeurd, in dienst blijft. De appelrechter kan in dat geval — ik wees daar reeds op — slechts bepalen op welk in de toekomst gelegen tijdstip de arbeidsovereenkomst alsnog eindigt. Voor zover het de periode tot zijn beslissing betreft, kan hij derhalve geen verandering brengen in de arbeidsovereenkomst. In zoverre verschilt de beoordeling in hoger beroep in deze zaken niet van de beoordeling van een ontbindingsverzoek in een nieuwe ontbindingsprocedure (rov. 3.4.6). Nu het voorgaande geen aanknopingspunten biedt om af te wijken van het hiervoor genoemde uitgangspunt van het civiele procesrecht, concludeert de Hoge Raad dat de hogerberoepsrechter aan de hand van de hem ten tijde van zijn beslissing bekende feiten en omstandigheden — *ex nunc* derhalve — dient te beoordelen of het ontbindingsverzoek ten onrechte is afgewezen (rov. 3.4.7).

Blijkens de uitspraak onder *NJ* 2020/379 zijn dergelijke aanknopingspunten volgens de Hoge Raad wel aanwezig wanneer het gaat om een in eerste aanleg toegewezen ontbindingsverzoek van de werkgever. Het rechtscollege constateert dat het hoger beroep in dat geval de tenuitvoerlegging van de beschikking niet schorst (rov. 3.2.4). Door de ontbindingsbeschikking is daadwerkelijk een einde gekomen aan de arbeidsovereenkomst, ook als tegen die beschikking hoger beroep wordt ingesteld. Als gevolg daarvan is, op het moment dat de appelrechter tot het oordeel komt dat het verzoek ten onrechte is toegewezen, de arbeidsovereenkomst al geruime tijd geëindigd. Hij kan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in dat geval ook niet met terugwerkende kracht vernietigen. Herstel van de arbeidsovereenkomst, al dan niet met ingang van een tijdstip in het verleden, is wel mogelijk, maar daarover dient hij afzonderlijk te beslissen. Volgens de Hoge Raad is met dit stelsel, waaraan de rechtszekerheid ten grondslag ligt, niet te verenigen dat de rechter in hoger beroep op grond van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter zou kunnen oordelen dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden (rov. 3.2.6).

De appelrechter dient de vraag of de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever terecht heeft toegewezen derhalve *ex tunc* te beoordelen, dat wil zeggen naar de situatie ten tijde van de beslissing in eerste aanleg. Komt hij tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst inderdaad ten onrechte is ontbonden, dan moeten diverse ‘vervolgvragen’ weer wel naar de actuele situatie beantwoord worden. Dat geldt blijkens de beschikking opgenomen onder *NJ* 2020/379 in de eerste plaats voor de vraag of herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel toekenning van een billijke vergoeding is aangewezen (rov. 3.4.1). Bij de beantwoording van deze vraag kan derhalve ook rekening worden gehouden met omstandigheden die zich na de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter hebben voorgedaan (vgl. *Kamerstukken I* 2013/14, C, p. 115). Ook voor het recht op en de omvang van de transitievergoeding en de billijke vergoeding geldt dat deze volgens de Hoge Raad moeten worden beoordeeld aan de hand van de actuele situatie (rov. 3.4.2). Daarbij merkt de Raad echter meteen op dat de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer —

in welk geval geen recht op transitievergoeding bestaat (art. 7:673 lid 7, aanhef en onder e, BW) — en of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever — in welk geval aanspraak kan worden gemaakt op een billijke vergoeding — ‘naar hun aard’ wel weer moeten worden beantwoord aan de hand van de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan op het moment waarop de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden (rov. 3.4.2).

Met betrekking tot het recht op en de omvang van de billijke vergoeding kon uit eerder gewezen uitspraken van de Hoge Raad reeds worden afgeleid dat de beoordeling moet plaatsvinden aan de hand van de situatie zoals die zich ten tijde van de uitspraak van de appelrechter voordoet. Zie met name HR 8 juni 2018, *NJ* 2019/170, m.nt. E. Verhulp (*Zinzia*) (relevant is dat werknemer na de ontbindingsbeschikking ander werk heeft gevonden). Dat dit toetsingsmoment ook heeft te gelden voor de transitievergoeding is nieuw. Dat standpunt is bovendien opmerkelijk, omdat het recht op en de omvang van deze vergoeding in art. 7:673 BW zijn gekoppeld aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Die ontbinding blijft intact, ook wanneer de appelrechter tot de conclusie komt dat het verzoek van de werkgever in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen.

3. Herkansingsfunctie

De beoordeling *ex tunc* doet niet af aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Dit blijkt onder meer uit de *Achmea*-beschikking, opgenomen onder *NJ* 2020/377. Het ging in deze zaak om een deskaccountmanager wiens arbeidsovereenkomst werd ontbonden wegens ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid ('disfunctioneren'), anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken (art. 7:669 lid 3, sub d, BW). Na de uitspraak ontving de gemachtigde van werknemer een rapport waarin de uitkomsten waren opgenomen van een neuropsychologisch onderzoek dat de werknemer inmiddels had ondergaan. Uit dat onderzoek bleek dat bij werknemer, waarschijnlijk als gevolg van een geknakt hersenaneurysma enkele jaren daarvoor, sprake was van een evidente vertraging in informatieverwerking in complexe taken, hetgeen zich kon manifesteren als verminderde belastbaarheid.

In hoger beroep deed de (nieuwe) gemachtigde van werknemer, met verwijzing naar genoemd rapport, alsnog een beroep op het opzegverbod gedurende de eerste twee jaren van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte (art. 7:670 lid 1 BW). Verder stelde hij dat, zo al sprake was van disfunctioneren van de werknemer, dit werd veroorzaakt door ziekte of gebrek, en dus niet ten grondslag kon worden gelegd aan een ontbinding op de 'd-grond'. Het Hof ging niet mee in dit betoog. Het benadrukte dat het de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding *ex tunc* diende te beoordelen. Omdat de werknemer zich bij de kantonrechter niet had beroepen op het opzegverbod, hoefde deze daar volgens het Hof geen rekening mee te houden. Dit rechtscollege overwoog voorts dat de kantonrechter er, gelet op de door de werknemer aangereikte informatie, terecht van had mogen uitgaan dat het disfunctioneren niet werd veroorzaakt door ziekte of gebrek. Het na diens uitspraak geproduceerde neuropsychologisch rapport achtte het Hof in dat kader niet relevant.

De Hoge Raad oordeelt in cassatie dat de beoordeling van het ontbindingsverzoek ex tunc onverlet laat dat partijen een beroep kunnen doen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg, maar die zij, om welke reden dan ook, niet eerder in de procedure naar voren hebben gebracht (rov. 3.1.3). Het Hof had dus ten onrechte geoordeeld dat het de werknemer vanwege het ex tunc-karakter van de beoordeling niet vrijstond om voor het eerst in hoger beroep een beroep te doen op het bestaan van een opzegverbod op grond waarvan de kantonrechter het ontbindingsverzoek had behoren te af te wijzen, en op de uitkomst van het neuropsychologisch onderzoek om te betogen dat geen redelijke ontslaggrond aanwezig was. Zie voor de (voor de werknemer goede) afloop van deze procedure: Hof 's-Hertogenbosch 30 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2445.

Dat de ex tunc beoordeling de herkansingsfunctie van het hoger beroep onverlet laat, wordt nogmaals bevestigd in de uitspraak onder *NJ* 2020/379 (rov. 3.3). In deze zaak deed de werkgever in hoger beroep voor het eerst een beroep op door de werknemer gepleegde computervredebreuk. Dat de werknemer zich ongeoorloofd toegang had verschaft tot de (computer)systemen van het bedrijf, was de werkgever pas na de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter gebleken. Het ging echter om feiten die dateerden van vóór die beschikking. Het Hof kon zich in zijn uitspraak daarom mede op die feiten baseren.

4. Herplaatsing en opzegverboden

In de opgenomen uitspraken ging het om de vraag of een redelijke ontslaggrond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW bestaat. Voor toewijzing van een ontbindingsverzoek is daarnaast veelal vereist dat het niet mogelijk is, of niet in de rede ligt, om de werknemer elders in het bedrijf te herplaatsen in een passende functie (art. 7:669 lid 1 BW). Verder is ontbinding in beginsel uitgesloten wanneer een opzegverbod geldt (art. 7:671b lid 2 BW). Hoewel de Hoge Raad ter zake geen onderscheid maakt, zou ik niet zonder meer willen aannemen dat voor de genoemde voorwaarden steeds hetzelfde temporele oriëntatiepunt heeft te gelden (anders: A-G De Bock in haar conclusie voor de *Victoria*-uitspraak, nr. 5.19).

Ik wijs in de eerste plaats op de op art. 7:669 lid 5 BW gebaseerde Ontslagregeling, die in art. 10 lid 4 bepaalt dat voor de vraag of herplaatsing mogelijk is binnen een redelijke termijn — die in beginsel gelijk is aan de wettelijke opzegtermijn —, gekeken moet worden naar het tijdvak dat aanvangt 'op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst'.

Doorslaggevend is derhalve de datum van de beslissing van het UWV of de kantonrechter, ongeacht of dat verzoek wordt toe- of afgewezen (vgl. F.G. Laagland & I. Linsen, *TRA* 2018/2). Als de appelrechter besluit de arbeidsovereenkomst te beëindigen omdat als gevolg van nieuwe feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontslag aanwezig wordt geacht, zou het echter merkwaardig zijn om voor de herplaatsingsmogelijkheden te kijken naar een termijn in het verleden. Herplaatsing was op dat moment nog niet aan de orde. Er was toen immers nog geen sprake van een voldragen ontslaggrond (vgl. F.G. Laagland, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2018, *JAR* 2018/106). Daar staat tegenover dat in het geval de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever afwijst omdat hij meent dat binnen het bedrijf

van de werkgever herplaatsingsmogelijkheden bestaan, het merkwaardig en onwenselijk zou zijn als het verzoek in hoger beroep alsnog zou moeten worden toegewezen omdat voor de vacatures inmiddels anderen zijn aangetrokken. In dat geval ligt het in de rede om uit te gaan van de situatie ten tijde van de beschikking van de kantonrechter.

Dat een beëindiging in hoger beroep alsnog in strijd komt met een opzegverbod op grond van omstandigheden die zich nog niet voordeden ten tijde van de beslissing in eerste aanleg, laat zich niet goed denken voor de zogenoemde 'wegens-verboden' (zie art. 7:670, leden 5 tot en met 9, BW). Wel kan zich inmiddels een situatie voordoen die onder een 'tijdens-verbod' kan worden geschaard (zie art. 7:670, leden 1 tot en met 4 en 10, BW). Denk in het bijzonder aan het geval dat een werknemer tussen de uitspraak van de kantonrechter en de behandeling in hoger beroep ziek of zwanger wordt. Veelal levert het opkomen van dergelijke omstandigheden geen beletsel op voor honorering van een ontbindingsverzoek. Art. 7:671b lid 6 BW bepaalt namelijk dat de tijdens-verboden niet in de weg staan aan een ontbinding op grond van art. 7:669 lid 3, onderdelen b tot en met i, BW wanneer het verzoek geen verband houdt met de omstandigheden waarop die verboden betrekking hebben. Het ligt in de rede deze bepaling in hoger beroep van overeenkomstige toepassing te achten. Wanneer het een ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden betreft (art. 7:669 lid 3, sub a, BW), is art. 7:671b lid 6 BW echter niet van toepassing. Toch zal een later opgekomen ziekte in mijn optiek ook in dat geval niet in de weg hoeven te staan aan een beëindiging door de appelrechter. Art. 7:671b lid 7 BW bepaalt namelijk dat het opzegverbod, bedoeld in art. 7:670 lid 1 BW, niet geldt, wanneer de ziekte een aanvang heeft genomen 'nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen'. Het ontslagverbod is na dat moment 'uitgewerkt'. Dat geldt derhalve nog steeds wanneer tegen diens uitspraak hoger beroep wordt ingesteld (vgl. P. Kruit en B. Schouten, *TRA* 2020/42). Later ingetreden zwangerschap van de werkneemster lijkt — althans voor zover geen sprake is van een van de uitzonderingen opgenomen onder art. 7:670a lid 2 of lid 3 BW —, vanwege de toetsing *ex nunc* wel een obstakel voor de appelrechter om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen over te gaan.

5. Vernietiging van de opzegging en herstel van de arbeidsovereenkomst

De opgenomen uitspraken hebben betrekking op het hoger beroep tegen een beschikking waarin een ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte werd toe- of afgewezen. Gelden de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaven ook ten aanzien van appelprocedures waarin wordt opgekomen tegen een uitspraak in eerste aanleg op een verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging door de werkgever of herstel van de arbeidsovereenkomst? Uit haar conclusie voor de *Victoria*-uitspraak blijkt dat dit volgens A-G De Bock het geval zou moeten zijn (zie nrs. 5.42 en 5.66). Ik denk daar anders over. In die procedures staat, ook in eerste aanleg — anders dan bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek —, een gebeurtenis in het verleden centraal. De kantonrechter toetst, bijvoorbeeld bij een ontslag op staande voet, of de werkgever de arbeidsovereenkomst *destijds* mocht opzeggen. Komt hij tot de conclusie dat dit niet het geval is en veroordeelt hij op die grond tot vernietiging of herstel, dan brengt zijn

uitspraak bovendien — anders dan in het geval de kantonrechter een ontbindingsverzoek afwijst omdat niet aan de voorwaarden is voldaan — een wijziging in de bestaande rechtstoestand. Mijns inziens vloeit in de hier bedoelde gevallen derhalve uit de aard van het geschil voort dat de vraag of het ontslag aan de daaraan te stellen vereisten voldeed, ook in hoger beroep *ex tunc* beoordeeld moet worden, ongeacht of het verzoek tot vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg is toe- of afgewezen. In beginsel mag de appelrechter naar mijn mening derhalve geen rekening houden met feiten en omstandigheden die zich na de opzegging hebben voorgedaan (vgl. P. Kruit & B. Schouten, *TRA* 2020/42 en D.M.A. Bij de Vaate, *ArA* 2020/2, p. 85 e.v. Anders: C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, *TRA* 2020/26, die, net als A-G De Bock, voor de vraag of *ex tunc* dan wel *ex nunc* moet worden beoordeeld beslissend achten of de arbeidsovereenkomst ten tijde van de behandeling van de zaak in hoger beroep nog bestaat).¹

6. Ten slotte

De opgenomen uitspraken van de Hoge Raad leren dat de vraag naar het toetsingsmoment in hoger beroep in ontslagzaken niet eenduidig wordt beantwoord: soms *ex nunc*, soms *ex tunc*, maar voor bepaalde vervolgvragen toch weer *ex nunc*. Gevolg van het door de Hoge Raad uiteengezette systeem is dat ontwikkelingen na de uitspraak in eerste aanleg in dezelfde casus tot een andere uitkomst kunnen leiden, afhankelijk van de vraag of de kantonrechter tot een juiste uitspraak is gekomen. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de relatie tussen een werknemer en zijn leidinggevende verstoord raakt. De omstandigheid dat de betreffende leidinggevende na de uitspraak in eerste aanleg ontslag heeft genomen, is in hoger beroep niet relevant wanneer de kantonrechter de arbeidsovereenkomst vanwege een verstoorde arbeidsrelatie (terecht) heeft ontbonden, terwijl aan dat gegeven wel gewicht moet worden toegekend indien de kantonrechter het werkgeversverzoek (ten onrechte) niet heeft gehonoreerd. Dat wringt (vgl. C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, *TRA* 2020/26). Verder hebben we gezien dat de uitspraken vragen oproepen met betrekking tot de beoordeling van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding na een toegewezen ontbindingsverzoek en de termijn waarbinnen herplaatsing mogelijk is. Gelet op het vorenstaande, en mede in aanmerking genomen dat door de toetsing *ex nunc* ten aanzien van de later opgekomen feiten en omstandigheden een instantie verloren gaat en de werkgever bij gewijzigde omstandigheden ook een nieuw ontbindingsverzoek zou kunnen indienen, zou het mijn voorkeur hebben gehad wanneer de Hoge Raad voor het hoger beroep in ontslagzaken als uitgangspunt voor een toetsing *ex tunc* had gekozen.

¹ Bij de beoordeling van een verzoek om vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van schending van de wederindienstnemingsverplichting na een bedrijfseconomisch ontslag kunnen, gelet op art. 7:681 lid 1 sub d en e, en art. 7:682 lid 4 en 5, BW, ook gedragingen van de werkgever binnen 26 weken na de opzegging een rol spelen.